

L'illegittimità del provvedimento impugnato è, comunque, secondo condivisa giurisprudenza, condizione necessaria, ancorché non sufficiente, per accordare il risarcimento del danno, sicché l'infondatezza della domanda di annullamento comporta inevitabilmen

Autore: Lazzini Sonia

In: Diritto civile e commerciale

L'illegittimità del provvedimento impugnato è, comunque, secondo condivisa giurisprudenza, condizione necessaria, ancorché non sufficiente, per accordare il risarcimento del danno, sicché l'infondatezza della domanda di annullamento comporta inevitabilmente il rigetto di quella risarcitoria

la motivazione del provvedimento amministrativo è finalizzata a consentire al cittadino la ricostruzione dell'iter logico e giuridico mediante il quale l'Amministrazione si è determinata ad adottare un dato provvedimento, controllando, quindi, il corretto esercizio del potere ad esso conferito dalla legge e facendo valere, eventualmente nelle opportune sedi, le proprie ragioni;

pertanto, la garanzia di adeguata tutela delle ragioni del privato non viene meno per il fatto che nel provvedimento amministrativo finale non risultino chiaramente e compiutamente rese comprensibili le ragioni sottese alla scelta fatta dalla Pubblica amministrazione, allorché le stesse possano essere agevolmente colte dalla lettura degli atti afferenti alle varie fasi in cui si articola il procedimento. Ciò in omaggio ad una visione non meramente formale dell'obbligo di motivazione, ma coerente con i principi di trasparenza e di lealtà desumibili dall'art. 97 della Costituzione.

Pertanto, se la decisione amministrativa risulti motivata, nel senso giuridico e nella decisione tecnica, dalla contestuale lettura non del solo provvedimento, ma degli atti del procedimento comunque noti o conoscibili dal privato, le doglianze sul difetto di motivazione dell'atto conclusivo non possono essere accolte (Consiglio Stato, sez. IV, 06 luglio 2010, n. 4331).

Nel caso che occupa l'esame congiunto della motivazione del provvedimento di esclusione della appellante e dell'istruttoria al riguardo precedentemente svolta dalla Commissione di gara consentono ampiamente la ricostruzione dell'iter logico giuridico seguito da essa Commissione per addivenire alla adozione del provvedimento stesso, sicché la censura in esame deve essere disattesa.

Ha inoltre dedotto parte appellante la illegittimità derivata, nell'assunto che la illegittimità della esclusione della appellante si riverbererebbe in via automatica, con effetto caducante, sui successivi atti del procedimento, in particolare sul provvedimento di aggiudicazione.

è osservato in proposito da parte della Sezione che la censura non è suscettibile di positiva valutazione, perché, accertata la legittimità del provvedimento di esclusione della KGN s.r.l., non può sussistere alcuna illegittimità derivata sui successivi atti del procedimento di aggiudicazione della gara de qua.

Parte appellante ha formulato anche richiesta di risarcimento del danno dovuto per l'illegittima esclusione, pari al mancato utile di impresa (quantificabile nella misura del 5 % dei quattro quinti del prezzo posto a base di gara depurato del ribasso offerto) ed al danno curriculare (nella misura compresa tra l'1,00 % ed il 3,00 % dei quattro quinti del prezzo posto a base di gara depurato del ribasso offerto).

La Sezione al riguardo deve osservare che alla infondatezza dei motivi di appello e alla impossibilità di accoglimento del ricorso di primo grado consegue la inaccogliabilità della domanda di risarcimento danni, non essendo stato dimostrato il nesso di causalità tra i danni lamentati dal ricorrente e l'attività illegittima della P.A., considerato che l'illegittimità del provvedimento impugnato è, comunque, secondo condivisa

giurisprudenza, condizione necessaria, ancorché non sufficiente, per accordare il risarcimento del danno, sicché l'infondatezza della domanda di annullamento comporta inevitabilmente il rigetto di quella risarcitoria (Consiglio Stato, sez. VI, 30 settembre 2008, n. 4702).

In applicazione del principio della pregiudiziale amministrativa è infatti ammissibile, ma infondata nel merito, la domanda di risarcimento danni che non sia stata preceduta dall'annullamento dell'atto asseritamente illegittimo, che tale danno avrebbe provocato, atteso che la sua mancata impugnazione gli consente di operare in modo precettivo dettando la regola del caso concreto, autorizzando la produzione dei relativi effetti ed imponendone l'osservanza ai consociati ed impedisce così che il danno possa essere considerato ingiusto o illecita la condotta tenuta dall'Amministrazione in esecuzione dell'atto inoppugnato (Consiglio Stato, sez. IV, 31 marzo 2009, n. 1917).

A cura di *****

Riportiamo qui di seguito la decisione numero 7525 del 15 ottobre 2010 pronunciata dal Consiglio di Stato

N. 07525/2010 REG.SEN.

N. 02257/2010 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

DECISIONE

Sul ricorso numero di registro generale 2257 del 2010, proposto da:

RICORRENTE s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avv. ***** , ***** e ***** , con domicilio eletto presso il terzo, in Roma, al viale Parioli, n. 180;

contro

Comunità delle Giudicarie, già Comprensorio delle Giudicarie, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. ***** , con domicilio eletto presso l'avv. ***** , in Roma, alla via dei Monti Parioli n.48;

nei confronti di

CONTROINTERESSATA Tecnologie Ambientali s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avv. ***** e *****, con domicilio eletto presso il primo, in Roma, via Panama, 12;

per la riforma

della sentenza del T.R.G.A. della Provincia di Trento n. 51 del 2010, resa tra le parti, di reiezione del ricorso proposto da RICORRENTE s.r.l. contro: 1) il provvedimento del Compensorio delle Giudicarie di esclusione di detta società dalla gara per la fornitura di un servizio di misurazione puntuale del conferimento del rifiuto residuo, per mancanza del requisito della dimostrazione dello svolgimento di servizi analoghi; nonché contro i verbali di gara del 7.5.2009 e 22.6.2009 ed il provvedimento di aggiudicazione della gara suddetta. Inoltre per il risarcimento del danno derivante dalla illegittimità della disposta esclusione.

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comunità delle Giudicarie, già Compensorio delle Giudicarie, e di CONTROINTERESSATA Tecnologie Ambientali S.r.l.;

Visto il decreto cautelare 19 marzo 2010 n. 1298;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 28 maggio 2010 il Cons. ***** e uditi per le parti gli avvocati *****, *****, per delega dell'Avv. *****, e *****;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

Con determinazione n. 238 del 24.3.2009 il Comprensorio delle Giudicarie ha indetto una procedura aperta per l'appalto del "Servizio di misurazione puntuale del conferimento del rifiuto residuo nei comuni del Comprensorio".

Per la partecipazione alla gara erano stati fissati alcuni requisiti di capacità tecnica, che dovevano essere posseduti cumulativamente, e, in particolare, è stata prevista "l'esecuzione regolare negli ultimi tre anni antecedenti la pubblicazione del bando di servizi analoghi a quello in gara per un importo pari all'80% dell'importo annuale a base di gara". La mancanza di tale requisito avrebbe comportato l'esclusione dell'impresa dalla procedura di evidenza pubblica.

Alla gara hanno partecipato la RICORRENTE S.r.l. e la CONTROINTERESSATA Tecnologie Ambientali S.r.l..

Dopo che, nella prima seduta pubblica della Commissione di gara del 7.5.2009, sono state aperte le buste

delle offerte tecniche, la Stazione appaltante, con nota del 22.5.2009, ha chiesto alla RICORRENTE S.r.l., ad integrazione di quanto presentato in sede di offerta relativamente al previo svolgimento di servizi analoghi, copia dei contratti, delle dichiarazioni di regolare esecuzione e del periodo di svolgimento.

Dopo che la società interpellata ha prodotto la documentazione richiesta le è stata inviata la comunicazione di avvio del procedimento di esclusione dalla procedura di gara, cui ha fatto seguito il provvedimento di esclusione del 19.6.2009, prot. n. 005863/I.01.01, nell'assunto che la documentazione presentata ai fini della dimostrazione dell'esecuzione di "servizi analoghi" non era "riferita a prestazioni di servizi bensì a forniture" ed inoltre perché le forniture "si riferiscono a 'press container" scarrabili atti alla pesatura e non al controllo volumetrico" dei rifiuti. Nella seduta del 22 giugno 2009 la Commissione di gara ha ratificato la disposta esclusione e aggiudicato il servizio all'impresa CONTROINTERESSATA Tecnologie Ambientali S.r.l. con la quale, in data 31 luglio 2009, il Segretario generale del Comprensorio ha stipulato il contratto di affidamento del servizio in oggetto.

Con ricorso al T.G.R.A. di Trento la RICORRENTE s.r.l. ha impugnato detti negativi provvedimenti deducendo violazione dell'art. 48 del D.Lgs. 12.4.2006, n. 163, sulla coerenza degli atti di gara alla previsione del bando, nonché dell'art. 5 del capitolato speciale che riguardano il possesso dei requisiti soggettivi e, in particolare, il concetto dei "servizi analoghi" a quelli oggetto di gara; inoltre violazione del principio del "favor participationis", nonché "violazione dell'art. 3 della legge 3.8.1990, n. 241, per difetto ed irrazionalità di motivazione"

Detto Giudice ha respinto il ricorso con sentenza n. 51 del 9.2.2010, escludendo che la pregressa fornitura eseguita da RICORRENTE s.r.l per ALFA S.p.A. potesse dimostrare il possesso del requisito richiesto dal bando di gara e che comunque il contratto tra la ricorrente e ALFA S.p.A. potesse soddisfare sul piano della capacità finanziaria il requisito prescritto dal bando di gara; inoltre ha escluso che il provvedimento di esclusione avesse acriticamente aderito al parere legale fornito all'Amministrazione in corso di gara dalla controinteressata CONTROINTERESSATA e che si fondasse esclusivamente su valutazioni formalistiche dei contratti prodotti, quali referenze della capacità tecnica e finanziaria.

Con il ricorso in appello in epigrafe indicato la RICORRENTE s.r.l. ha chiesto l'annullamento o la riforma di detta sentenza del T.A.R., nonché il risarcimento del danno derivante dalla illegittimità della disposta esclusione, deducendo i seguenti motivi:

1.- Violazione dell'art. 48 del D. Lgs. 12 aprile 2006 n. 163, per incoerenza tra gli atti di gara e le previsioni del bando, e dell'art. 5 del capitolato speciale, che riguardano il possesso dei requisiti soggettivi e in particolare, con il concetto di "servizi analoghi" a quelli oggetto di gara; inoltre violazione del principio del "favor participationis". Errore e contraddittorietà della sentenza impugnata.

Pur essendo i requisiti posseduti dalla RICORRENTE s.r.l. sufficienti a determinarne la qualifica, il Compensorio, illegittimamente modificando la "lex specialis", avrebbe di fatto limitato il novero dei possibili concorrenti a coloro che avessero svolto solo servizi, e non anche forniture, identici a quelli di gara, ed anche il T.R.G.A. sarebbe giunto all'erronea convinzione che, essendo detta società titolare di referenze non solo non identiche, ma nemmeno analoghe a quelle proprie del servizio da svolgere, non fosse in grado di offrire lo specifico complesso di forniture e servizi previsti dal bando di gara, così violando anche il principio del "favor participationis".

2.- Violazione dell'art. 3 della L. 3 agosto 1990, n. 241 per difetto ed irrazionalità di motivazione.

Il provvedimento impugnato sarebbe stato carente di motivazione derivante dalla acritica adesione della stazione appaltante all'intervento nel procedimento della CONTROINTERESSATA Tecnologie ambientali s.r.l..

3.- Illegittimità derivata.

L'illegittimità della esclusione della appellante si riverbererebbe in via automatica, con effetto caducante,

sui successivi atti del procedimento, in particolare sul provvedimento di aggiudicazione.

Con decreto cautelare 19 marzo 2010 n. 1298 è stata respinta la istanza di adozione di misure cautelari provvisorie formulata dalla parte appellante.

Con atto depositato l'8.4.2010 si è costituita in giudizio la Comunità delle Giudicarie, già Comprensorio delle Giudicarie, che ha dedotto la infondatezza dell'appello, concludendo per la reiezione.

Con atto depositato l'8.4.2010 si è costituita in giudizio la CONTROINTERESSATA Tecnologie Ambientali s.r.l., che ha dedotto la infondatezza del gravame, concludendo per la reiezione.

Con memoria depositata il 21.5.2010 la Comunità delle Giudicarie ha ribadito tesi e richieste.

Alla pubblica udienza del 28.5.2010 il ricorso è stato trattenuto in decisione alla presenza degli avvocati delle parti come da verbale di causa agli atti del giudizio.

DIRITTO

1.- Con il ricorso in appello, in epigrafe specificato, la RICORRENTE s.r.l., che ha partecipato alla gara per la fornitura di un servizio di misurazione puntuale del conferimento del rifiuto residuo indetta dal Comprensorio delle Giudicarie, ha chiesto l'annullamento della sentenza del T.R.G.A. della Provincia di Trento n. 51 del 2010, resa tra le parti, di reiezione del ricorso proposto da detta società contro: il provvedimento di esclusione della stessa dalla gara suddetta per mancanza del requisito della dimostrazione dello svolgimento di servizi analoghi (avendo svolto solo forniture di materiali non analoghi perché consistenti in press container scarrabili e non in apparecchiature elettromeccaniche per il

controllo volumetrico del conferimento del rifiuto su contenitori seminterrati o mobili di piccola taglia), nonché contro i verbali di gara del 7.5.2009 e 22.6.2009 ed il provvedimento di aggiudicazione della gara medesima. Inoltre ha chiesto il risarcimento del danno derivante dalla illegittimità della disposta esclusione.

2.- Con il primo motivo di gravame è stata dedotta violazione dell'art. 48 del D. Lgs. 12 aprile 2006 n. 163 per incoerenza tra gli atti di gara e le previsioni del bando "e dell'art. 5 del capitolato speciale" (che riguardano il possesso dei requisiti soggettivi); in particolare, con il concetto di "servizi analoghi" a quelli oggetto di gara. Violazione del principio del "favor participationis". Errore e contraddittorietà della sentenza impugnata.

La appellante era stata esclusa dalla gara per non aver dimostrato di aver svolto servizi analoghi a quelli oggetto della gara (cioè la fornitura e gestione di un sistema di misurazione dei conferimenti del rifiuto residuo prodotto nei Comuni del Comprensorio delle Giudicarie) ma semplici forniture di materiale che, per altro, non erano da considerarsi analoghi in quanto riferiti a "press container scarrabili" e non ad apparecchiature elettromeccaniche per il controllo volumetrico del conferimento dei rifiuti su contenitori seminterrati o mobili di piccola taglia.

Era stato dedotto in ricorso che oggetto dell'appalto fosse non solo un servizio ma un complesso di forniture e servizi e che ad esso fossero assimilabili anche i contratti di fornitura di contenitori per la misurazione dei rifiuti dotati di sistemi di individuazione utenti, cui fossero connessi servizi di gestione dati e manutenzione (presentanti elementi di indiscutibile somiglianza con quelli oggetto della gara), atteso che i contenitori a suo tempo forniti erano applicati sistemi di riconoscimento dell'utente grazie a "microchip", alle forniture erano collegate operazioni di raccolta di dati e in caso erano stati erogati servizi di manutenzione del sistema.

Pur essendo quindi i requisiti posseduti dalla RICORRENTE s.r.l. sufficienti a determinarne la qualifica (perché i servizi analoghi non sono identificabili con i servizi identici, ma con quelli che pervengono attraverso diverse modalità operative allo stesso risultato finale), il Comprensorio, illegittimamente

modificando la *lex specialis*, aveva di fatto limitato il novero dei possibili concorrenti a coloro che avessero svolto solo servizi, e non anche forniture, identici a quelli di gara. Anche il T.R.G.A. è giunto all'erronea convinzione che - essendo detta società titolare di referenze non solo non identiche, ma nemmeno analoghe a quelle proprie del servizio da svolgere (o che lo fossero solo in parte e comunque non sufficienti per il conseguimento del requisito minimo di partecipazione) - non fosse in grado di offrire lo specifico complesso di forniture e servizi previsti dal bando di gara.

Invero l'unica differenza ravvisabile tra il sistema a suo tempo fornito al Comune di Mormirolo e quello perseguito dal Comprensorio riguarderebbe l'accessibilità e la fruibilità collettiva, anziché individuale, dei contenitori, mentre tutti gli altri requisiti richiesti sarebbero stati individuabili nel contratto con detto Comune.

2.1.1.- Osserva al riguardo il Collegio che il T.A.R. ha premesso che la locuzione "servizi analoghi", prevista dal bando di gara quale requisito di capacità tecnica dovesse essere intesa non nell'accezione di "prestazioni identiche", ma di prestazioni che, pur discostandosi da quanto richiesto dalle stazioni appaltanti, fossero idonee a pervenire, ancorché tramite diverse modalità operative, allo stesso risultato finale. A tal fine ha quindi ritenuto che potessero essere confrontate le prestazioni già rese rispetto a quelle prescritte dal bando di gara, senza che rilevasse sulla scorta di quale contratto fossero state prestate, con l'avvertenza che, nel caso in cui sia prevista, come in quello di specie, la aggiudicazione al prezzo più basso, è necessaria una attenta analisi del requisito della capacità tecnica attestante la corrispondenza della prestazione, della fornitura o dei lavori compiuti al modello delineato dal bando di gara o dai vari capitolati tecnici.

Quanto al contratto di leasing stipulato dalla RICORRENTE s.r.l. per il Comune di Marmirolo, il T.A.R. ha ritenuto che (pur emergendo dal confronto fra il bando e il capitolato della gara de qua ed il contratto sopra indicato alcuni elementi di somiglianza tra le prestazioni richieste nella gara per cui è causa e quelle già espletate da detta società) i contenitori e il metodo di identificazione dell'utenza legato al contenitore fossero propri di un sistema di raccolta dei rifiuti "porta a porta", che, sul piano obiettivo, appariva significativamente diverso da quello, alquanto più evoluto, in atto nel territorio del Comprensorio delle Giudicarie.

Il Collegio non può che condividere dette conclusioni cui è giunto il Giudice di primo grado, atteso che effettivamente i contenitori da 120 litri che erano stati forniti dalla RICORRENTE s.r.l. al Comune di Marmirolo potevano essere utilizzati da un singolo utente e permettevano (tramite un dispositivo collocato sul mezzo di svuotamento capace di riconoscere il “transponder” applicato al contenitore, che permetteva di individuare il nominativo dell’utente che aveva ricevuto in dotazione quel singolo contenitore) il riscontro del volume presente nel contenitore solo al momento dello svuotamento, oltre che del numero degli svuotamenti.

Il sistema per la raccolta dei rifiuti indifferenziati organizzato dalla Stazione appaltante, volto al coordinamento di 500 punti di raccolta dislocati nel 40 Comuni del Comprensorio, prevedeva invece contenitori più capienti e non riservati alla fruizione da parte di singoli utenti, ma da parte di un numero indeterminato di soggetti, singolarmente individuati, non già al momento dello svuotamento, ma in quello del singolo conferimento (da effettuare mediante una chiave elettronica assegnata a ciascuno di essi, solo la quale permetteva di aprire il coperchio posto sopra il contenitore, dotato di autonomia energetica).

Diversamente dai coperchi forniti per la raccolta porta a porta dalla società ricorrente (idonea a coprire e sigillare il cassonetto per inibire l’inserimento di rifiuti da parte di terzi) quelli previsti dal bando consentivano l’inserimento di una cosiddetta black list al fine di inibire l’accesso ad altri utenti.

Il sistema previsto dal bando di gara era caratterizzato, pertanto, dalla esigenza di approvvigionamento di un basso numero dei contenitori e dalla possibilità di immediata individuazione di ogni utente, oltre che dalla quantificazione differenziata per ciascuno di essi del numero e del volume dei conferimenti effettuati.

Tanto convince che la pregressa fornitura eseguita dalla RICORRENTE s.r.l. per la ALFA S.p.A. non fosse idonea a dimostrare il possesso del requisito richiesto dal bando di gara, ancorché questo abbia espressamente consentito di valorizzare servizi non solo identici, ma anche analoghi.

In conclusione non sussisteva neppure analogia tra la fornitura effettuata dalla RICORRENTE s.r.l. al Comune di Mormirolo e il servizio previsto dal bando, essendo significativamente diverse le modalità di svolgimento e le il risultanze cui si perviene facendo ricorso ad i sistemi di raccolta sopra esaminati

Erano infatti molto diverse le modalità di ricezione dei rifiuti previste dal bando e quelle proprie del servizio già reso dalla appellante RICORRENTE s.r.l. per il Comune di cui trattasi, in quanto non era prevista con esso né la possibilità, prevista dal bando di gara, di individuare immediatamente gli utenti (con possibilità di raccolta dei relativi dati personali e sua acquisizione in sede centrale, oltre che di impedire a terzi, non identificati dalla citata chiave elettronica, l'uso del contenitore per il rilascio dei rifiuti), né la possibilità di utilizzazione non solo di un numero di contenitori minore rispetto a quello cui si era fatto uso con il metodo seguito dalla RICORRENTE s.r.l. nello svolgimento del servizio per il Comune di Mormirolo (atteso che le caratteristiche dello stesso non potevano che comportare la necessità della distribuzione di un numero di contenitori pari a quello degli utenti) ma nemmeno di riutilizzare quelli esistenti, sostituendo solo le coperture da apporre sulla sommità degli stessi.

IL T.A.R. quindi, pur condividendo la tesi che i servizi analoghi non sono identificabili con i servizi identici, ma con quelli che pervengano attraverso diverse modalità operative allo stesso risultato finale, ha correttamente precisato che, poiché nel caso che occupa la aggiudicazione avveniva al prezzo più basso, era necessaria una perspicua analisi del requisito della capacità tecnica relativo alla corrispondenza della prestazione, della fornitura o dei lavori compiuti al modello delineato dalla *lex specialis*, da cui è scaturito il condivisibile risultato, sopra illustrato, che le caratteristiche del servizio svolto per detto Comune di Mormirolo dalla appellante coincidevano solo in parte con quelli oggetto dell'appalto per cui è causa e comunque non erano tali da poter affermare che essi erano analoghi.

Le svolte considerazioni escludono anche la condivisibilità della tesi della RICORRENTE s.r.l. che la Commissione di gara per escludere la sua offerta abbia illegittimamente modificato la "*lex specialis*" limitando il novero dei possibili concorrenti a quelli che in epoca pregressa avessero svolto servizi identici, atteso che i servizi di cui trattasi non solo non erano identici, ma nemmeno effettivamente analoghi, presentando solo profili di somiglianza, ma non sufficienti a far ritenere i servizi di cui trattasi tra di loro analoghi.

La circostanza che la “lex specialis” di gara richiedesse ai concorrenti di documentare il pregresso svolgimento di servizi non identici ma solo analoghi non autorizza infatti a dilatare il concetto di analogia fino a ricomprendervi qualunque attività non assimilabile a quella oggetto dell'appalto (Consiglio Stato, sez. V, 17 marzo 2009, n. 1589).

La previsione, nel bando di gara, di elementi di valutazione dell'offerta tecnica di tipo soggettivo (concernenti la specifica attitudine del concorrente a realizzare lo specifico progetto oggetto di gara), è invero giustificata dalla esigenza di acquisire conoscenza di aspetti dell'attività dell'impresa che possano illuminare la qualità dell'offerta (Consiglio Stato, sez. V, 16 febbraio 2009, n. 837), in quanto le precedenti esperienze maturate possono rappresentare dei significativi indici della qualità delle prestazioni che l'impresa può garantire e quindi ben possono essere considerate nell'ambito della individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ma a patto che riguardino esperienze sufficientemente simili, almeno negli aspetti essenziali e caratterizzanti l'esigenza cui la stazione appaltante intende sopperire con la gara, a quelle oggetto della gara cui l'impresa partecipa.

2.2.- Secondo l'appellante il T.A.R., non potendo radicalmente escludere detta analogia tra il sistema fornito al Comune di Mormirolo e quello perseguito dal Comprensorio, ha confermato la legittimità dell'esclusione della società appellante adducendo il mancato riconoscimento del requisito minimo di partecipazione, sul presupposto che le prestazioni rese a detto Comune (comunque insufficienti a raggiungere l'importo pari all'80% dell'importo annuale a base di gara previsto dalla “lex specialis”) non potevano essere sommate a quelle rese con i contratti con BETA s.p.a. e con il Comune di Vadena, perché riguardavano prestazioni incomparabili con quelle di gara.

La tesi sarebbe però smentita dalla circostanza che i beni ed i servizi offerti dalla appellante, pur presentando alcuni elementi di diversità tecnica con quelli descritti nel capitolato speciale, sarebbero quindi comunque idonei al conseguimento del risultato finale della misurazione volumetrica, con pesatura numerica dei conferimenti dell'utenza, con certezza dell'utente, sicurezza del conferimento e possibilità di rilevarne il numero ed il peso.

In quanto paragonabili, somiglianti ed assimilabili a quelli di gara i servizi in questione, sarebbero, in conclusione, da considerare, contrariamente a quanto affermato nella sentenza appellata, ad essi analoghi.

2.2.1.- Al riguardo osserva innanzi tutto il Collegio che il T.A.R. non ha asserito che non potesse radicalmente escludersi l'analogia tra i servizi di cui trattasi, ma ha solo affermato che le censure della parte ricorrente non potevano essere condivise anche per la considerazione che il contratto tra la ricorrente e il Comune di Mormirolo non era idoneo a soddisfare sul piano della capacità finanziaria il requisito prescritto dal bando di gara, (cioè una regolare esecuzione negli ultimi tre anni di servizi analoghi pari ad € 274.800,00 "sommando al massimo tre contratti"), perché l'importo complessivo di detto contratto, comprensivo della locazione di contenitori di diversa volumetria e dell'insieme dei servizi sopra descritti, ammontava ad € 198.000,00, inferiore a quello prescritto.

La affermazione effettuata dal Giudice di prime cure non può invero interpretarsi come una ammissione della impossibilità di escludere radicalmente la sussistenza di analogia tra il sistema fornito al Comune di Mormirolo e quello perseguito dal Comprensorio, ma quale dovuto riscontro a tesi sostenute nel ricorso introduttivo del giudizio sostanziatesi, in concreto, in espressione rafforzativa della tesi che, comunque, la richiesta della ricorrente RICORRENTE s.r.l. non avrebbe potuto essere accolta.

Il T.A.R. ha infatti sostenuto che, a differenza di quanto assunto dalla ricorrente, a detta cifra non potevano sommarsi gli importi degli altri contratti sottoscritti con BETA S.p.A. e con il Comune di Vadena, trattandosi di prestazioni del tutto dissimili fra di loro e, cioè, di mera fornitura senza alcun servizio di gestione, di assistenza e di reperibilità, rispettivamente, di 9 e di 6 press container scarrabili a gestione informatizzata (cioè di oggetti che per funzione e per dimensione erano incomparabili con il sistema di misurazione del rifiuto previsto dal capitolato della gara de qua, da effettuarsi mediante individuazione dell'utente tramite chiave elettronica da sistemarsi sul coperchio dei cassonetti).

Il primo Giudice ha sostanzialmente sostenuto, con condivisibile affermazione, che i servizi di cui trattasi differivano ancor più da quelli posti a gara rispetto a quelli forniti al Comune di Mormirolo, e che il

concetto di servizi analoghi non poteva essere dilatato fino a ricomprendere qualunque attività di raccolta e di pesatura dei rifiuti, comprese le attività costituenti solo operazioni di vendita senza alcuna correlata prestazione di servizi.

Invero l'appalto de quo aveva per oggetto "la fornitura e la gestione di un sistema di misurazione puntuale dei conferimenti del rifiuto residuo" tramite: 1) applicazione sul coperchio di tutti i contenitori del rifiuto residuo (di tipo seminterrato da 3000 / 5000 litri, o da 1100 litri su ruote, già in dotazione del Comprensorio) di un apparecchio dotato di autonomia energetica in grado di controllare il numero dei conferimenti ed il loro volume, consentendo conferimenti massimi di 20 litri; la chiusura dei coperchi, per impedire all'utente la introduzione di rifiuti senza utilizzare la bocca di controllo e di misurazione; 2) fornitura a ciascun utente di una chiave elettronica, di formato tascabile, per permettere l'apertura dell'apparecchiatura ed il controllo dei conferimenti; 3) rilevazione tramite software del codice di ciascuna chiave e dunque di ogni utente, dell'ora e della data di utilizzo, del numero dei conferimenti; 4) trasferimento dei dati alla stazione appaltante ai fini della fatturazione del quantitativo dei rifiuti introdotti da ciascun utente nel contenitore; 5) manutenzione programmata di tutte le apparecchiature ed un servizio di reperibilità 24 ore su 24 per l'eliminazione di ogni tipo di guasto, con ripristino della funzionalità entro 24 ore dalla segnalazione.

Dalle caratteristiche della fornitura prevista si differenziavano quindi notevolmente i servizi svolti dalla parte appellante per BETA S.p.A. e per il Comune di Vadena, che aveva riguardato la fornitura di contenitori ("press containers") che, pur essendo idonei all'uso collettivo degli utenti ed accreditati attraverso un sistema di riconoscimento che permetteva l'identificazione dell'utente e del numero dei conferimenti, erano dotati di calotte dal volume predefinito e limitato, con contenitori che erano in grado di pesare il rifiuto ad ogni conferimento, memorizzano il dato e rendendo disponibili le rilevazioni sul software web per le elaborazioni del caso legate alla tariffazione puntuale. Inoltre detti "press container" erano dotati di uno sportello attraverso il quale era possibile effettuare l'operazione di conferimento solo da parte degli utenti autorizzati ed erano dotati di apparecchiature di telecontrollo idonee a segnalare in tempo reale ogni eventuale anomalia e di un sistema di gestione informatizzata dei dati.

In conclusione appare evidente dal confronto tra le caratteristiche delle forniture effettuate al Comune di

Vadena e ad BETA s.p.a. ed il servizio oggetto dell'appalto, la sussistenza di differenze tali da escludere che riguardassero servizi analoghi.

Quelle effettuate a detto Comune ed a detta *****à erano infatti mere forniture di beni senza alcun servizio di gestione, di assistenza e di reperibilità, in particolare di contenitori di grandi dimensioni dotati di singoli strumenti di misurazione del quantitativo di rifiuto negli stessi conferito funzionanti elettricamente, mentre il servizio posto a gara riguardava solo la fornitura di sistemi di chiusura da applicare su tutti i numerosissimi cassonetti già presenti nel territorio del Comprensorio, in grado di essere aperti solo dagli utenti muniti di chiave elettronica, autonomi dal punto di vista energetico.

Le considerazioni che precedono comportano la impossibilità di valutare positivamente le censure in esame.

2.3.- La sentenza non ha neppure tenuto conto, secondo la parte appellante, dell'orientamento giurisprudenziale per il quale, in caso di non chiara e pacifica possibilità di interpretazione delle clausole del bando di gara, deve trovare applicazione il principio del "favor participationis".

2.3.1.- La Sezione in proposito osserva innanzi tutto che la clausola di cui trattasi non era affatto equivoca perché tra i requisiti di ordine generale richiesti per la partecipazione alla procedura, il bando aveva previsto "l'esecuzione regolare negli ultimi tre anni antecedenti la pubblicazione del bando di servizi analoghi a quello in gara per un importo pari all'80% dell'importo annuale a base di gara", quindi per un importo equivalente ad € 274.800,00 sommando al massimo tre contratti.

In secondo luogo considera che, in sede di applicazione del principio secondo cui "in caso di clausole equivoche o di dubbio significato, deve preferirsi l'interpretazione da parte della commissione di gara che favorisca la massima partecipazione alla gara e quella che sia meno favorevole alle formalità inutili" (Cons. St., sez. V, 8 marzo 2006, n. 1224), va comunque tenuto conto della circostanza che esso

contempera ragionevolmente l'esigenza della massima partecipazione con quella dello svolgimento del servizio da parte di un imprenditore in possesso della necessaria esperienza.

Allorché, come nel caso che occupa, l'aggiudicazione sia pronunciata in via del tutto automatica a favore del prezzo più basso, è necessaria una attenta analisi del requisito della capacità tecnica che attesti la corrispondenza della prestazione, compiuta al modello delineato dal bando di gara o dai vari capitoli tecnici e quindi l'analogia va verificata con particolare rigore, apparendo del tutto recessiva l'applicazione del "favor participationis" rispetto alla esigenza di accertare la sussistenza di sufficiente esperienza in capo alla impresa aggiudicataria dell'appalto.

3.- Con il secondo motivo di appello è stata dedotta violazione dell'art. 3 della L. 3 agosto 1990, n. 241 per difetto ed irrazionalità di motivazione.

Il provvedimento impugnato (derivante dalla, assuntamente, acritica adesione della stazione appaltante all'intervento nel procedimento della CONTROINTERESSATA Tecnologie ambientali s.r.l., che, nel corso del procedimento aveva allegato agli atti di gara un parere legale a sostegno della esclusione della appellante) sarebbe stata carente di puntuale motivazione in ordine ai requisiti soggettivi posseduti dalla RICORRENTE s.r.l., essendosi limitata la stazione appaltante ad uno sterile confronto fra schemi giuridici contrattuali diversi (con riferimento alla presentazione di documentazione riferita non a prestazione di servizi ma a forniture), sbrigativamente svalutando le prestazioni della appellante (ritenendole non finalizzate al controllo volumetrico dei rifiuti). A detto difetto di motivazione non poteva invero essere ovviato con le argomentazioni contenute nella appellata sentenza.

3.1.- Il Collegio osserva al riguardo che il T.A.R., con riferimento all'istruttoria eseguita dal Comprensorio, ha specificato che il rappresentante della controinteressata aveva effettivamente sollevato eccezioni sull'effettivo significato della dichiarazione presentata dalla RICORRENTE s.r.l. circa il possesso del requisito della capacità tecnica, obiezioni poi diffusamente reiterate con una nota presentata il 25 maggio. Tuttavia ha ritenuto che alla contestata determinazione l'Amministrazione aggiudicatrice sia pervenuta in modo autonomo: ad una prima richiesta datata 22 maggio 2009 di documenti integrativi, cui la ricorrente

ha risposto il successivo 29 maggio, ha fatto seguito immediatamente dopo la nota, datata 9 giugno, di comunicazione dell'avvio del procedimento volto all'esclusione dalla gara con l'assegnazione del termine per proporre osservazioni. In detta nota erano state anticipate le conclusioni cui intendeva pervenire la Stazione appaltante, sul rilievo che le documentate forniture non sarebbero state riferibili a servizi di controllo volumetrico dei rifiuti. Alle successive controdeduzioni della ricorrente del 16 giugno è stata, infine, data risposta con l'impugnato provvedimento di esclusione; con esso si concludeva una complessa istruttoria, puntualizzandosi che, in capo alla ricorrente, non poteva essere riconosciuto il possesso del requisito tecnico dello svolgimento di pregressi servizi analoghi come imposto dalla *lex specialis*.

Va in particolare considerato che la motivazione del provvedimento amministrativo è finalizzata a consentire al cittadino la ricostruzione dell'iter logico e giuridico mediante il quale l'Amministrazione si è determinata ad adottare un dato provvedimento, controllando, quindi, il corretto esercizio del potere ad esso conferito dalla legge e facendo valere, eventualmente nelle opportune sedi, le proprie ragioni; pertanto, la garanzia di adeguata tutela delle ragioni del privato non viene meno per il fatto che nel provvedimento amministrativo finale non risultino chiaramente e compiutamente rese comprensibili le ragioni sottese alla scelta fatta dalla Pubblica amministrazione, allorché le stesse possano essere agevolmente colte dalla lettura degli atti afferenti alle varie fasi in cui si articola il procedimento. Ciò in omaggio ad una visione non meramente formale dell'obbligo di motivazione, ma coerente con i principi di trasparenza e di lealtà desumibili dall'art. 97 della Costituzione.

Pertanto, se la decisione amministrativa risulti motivata, nel senso giuridico e nella decisione tecnica, dalla contestuale lettura non del solo provvedimento, ma degli atti del procedimento comunque noti o conoscibili dal privato, le doglianze sul difetto di motivazione dell'atto conclusivo non possono essere accolte (Consiglio Stato, sez. IV, 06 luglio 2010, n. 4331).

Nel caso che occupa l'esame congiunto della motivazione del provvedimento di esclusione della appellante e dell'istruttoria al riguardo precedentemente svolta dalla Commissione di gara consentono ampiamente la ricostruzione dell'iter logico giuridico seguito da essa Commissione per addivenire alla adozione del provvedimento stesso, sicché la censura in esame deve essere disattesa.

4.- Ha inoltre dedotto parte appellante la illegittimità derivata, nell'assunto che la illegittimità della esclusione della appellante si riverbererebbe in via automatica, con effetto caducante, sui successivi atti del procedimento, in particolare sul provvedimento di aggiudicazione.

4.1.- Va osservato in proposito da parte della Sezione che la censura non è suscettibile di positiva valutazione, perché, accertata la legittimità del provvedimento di esclusione della RICORRENTE s.r.l., non può sussistere alcuna illegittimità derivata sui successivi atti del procedimento di aggiudicazione della gara de qua.

5.- Parte appellante ha formulato anche richiesta di risarcimento del danno dovuto per l'illegittima esclusione, pari al mancato utile di impresa (quantificabile nella misura del 5 % dei quattro quinti del prezzo posto a base di gara depurato del ribasso offerto) ed al danno curriculare (nella misura compresa tra l'1,00 % ed il 3,00 % dei quattro quinti del prezzo posto a base di gara depurato del ribasso offerto).

La Sezione al riguardo deve osservare che alla infondatezza dei motivi di appello e alla impossibilità di accoglimento del ricorso di primo grado consegue la inaccogliabilità della domanda di risarcimento danni, non essendo stato dimostrato il nesso di causalità tra i danni lamentati dal ricorrente e l'attività illegittima della P.A., considerato che l'illegittimità del provvedimento impugnato è, comunque, secondo condivisa giurisprudenza, condizione necessaria, ancorché non sufficiente, per accordare il risarcimento del danno, sicché l'infondatezza della domanda di annullamento comporta inevitabilmente il rigetto di quella risarcitoria (Consiglio Stato, sez. VI, 30 settembre 2008, n. 4702).

In applicazione del principio della pregiudiziale amministrativa è infatti ammissibile, ma infondata nel merito, la domanda di risarcimento danni che non sia stata preceduta dall'annullamento dell'atto asseritamente illegittimo, che tale danno avrebbe provocato, atteso che la sua mancata impugnazione gli consente di operare in modo precettivo dettando la regola del caso concreto, autorizzando la produzione dei relativi effetti ed imponendone l'osservanza ai consociati ed impedisce così che il danno possa essere considerato ingiusto o illecita la condotta tenuta dall'Amministrazione in esecuzione dell'atto inoppugnato (Consiglio Stato, sez. IV, 31 marzo 2009, n. 1917).

6.- L'appello deve essere conclusivamente respinto e deve essere confermata la prima decisione.

7.- La complessità delle questioni trattate, nonché la peculiarità e la novità del caso, denotano la sussistenza delle circostanze di cui all'art. 92, II c., del c.p.c., come modificato dall'art. 45, XI c., della L. n. 69 del 2009, che costituiscono ragione sufficiente per compensare fra la parti le spese del presente grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione V, respinge l'appello in esame.

Spese compensate.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 28 maggio 2010 con l'intervento dei Signori:

***** , Presidente

***** , Consigliere

***** , Consigliere

***** , Consigliere

Antonio Amicuzzi, ***** , Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Il Segretario

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 15/10/2010

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

Il Dirigente della Sezione

<https://www.diritto.it/l-illegittimita-del-provvedimento-impugnato-e-comunque-secondo-condivisa-giurispru>

denza-condizione-necessaria-ancorche-non-sufficiente-per-accordare-il-risarcimento-del-danno-sicche-l-
infondatez/